

LEGITIMACIÓN DE LA MADRE PARA EL RECLAMO DE LAS CONSECUENCIAS NO PATRIMONIALES POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DEL HIJO

Autoras: Liliana Graciela Ludueña, Natalia Marisa Maglieri y Daniela Paola Elisii*

Resumen:

*En el presente estudio nos proponemos abordar la cuestión atinente a la legitimación de la madre para efectuar un reclamo de índole extrapatrimonial frente al no reconocimiento voluntario del hijo, para ello señalaremos cuál ha sido el tratamiento conferido por la doctrina y la jurisprudencia anterior a la reforma del Código Civil y Comercial (en adelante C.C.C.), abocándonos a posteriori a la falta de previsión normativa respecto de la legitimación de la madre en el nuevo ordenamiento de fondo, pese a la incorporación del art. 587 que reconoce expresamente la reparación civil del daño causado **al hijo** por la falta de reconocimiento. Finalmente, concluiremos indicando que la madre ostenta legitimación para reclamar -en su carácter de damnificada directa y obviamente por derecho propio- el daño no patrimonial causado por la acción descripta, argumentando en torno a los distintos fundamentos que nos llevaron a inclinarnos por la mencionada postura.*

1. Cuestiones Preliminares.

Ante todo corresponde conceptualizar los dos pilares en los que se sustenta la presente ponencia, ellos son: la legitimación y daño no patrimonial, pudiendo definir al primero como la facultad para asumir el carácter de actor o de demandado dentro de un determinado proceso, siendo la legitimación activa la que determina a quién le corresponde el poder de obrar¹; mientras que, por daño moral, se entiende a(sacar) las consecuencias no patrimoniales que ha atravesado o atraviesa la víctima directa o indirecta del hecho dañoso, es decir, el mismo importa “una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de la capacidad de entender, querer o sentir, a consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse de un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia

* Liliana Graciela Ludueña. Directora de la Carrera de Posgrado Especialización en la Función Judicial, Profesora Titular Regular de la asignatura Obligaciones, ambas dictadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón- Pcia. Buenos Aires. Natalia Marisa Maglieri. Docente adscripta de la asignatura Obligaciones, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón, Pcia. Buenos Aires. Daniela Paola Elisii. Ayudante de Cátedra de la asignatura Obligaciones, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón, Pcia. Buenos Aires.

¹ CHIOVENDA, Giuseppe, Ensayos de Derecho Procesal Civil, t. I, p. 78.

de éste y anímicamente perjudicial”.² En nuestro ordenamiento jurídico el tema en análisis se encuentra regulado en el art. 1741 del C.C.C. bajo el nombre de “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales”, siendo su antecedente normativo el arts. 1078 y ccctes. del Código Civil.

Es relativamente nuevo en nuestro derecho la admisión, por parte de la jurisprudencia, de los reclamos indemnizatorios dentro del seno de la familia, dado que el código de fondo que nos regía (Código Civil) únicamente preveía la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios en el supuesto de nulidad matrimonial³, careciendo de tratamiento específico el tema que nos ocupa.

En un primer tiempo se sostuvo que el derecho de daños resultaba ajeno al derecho de familia, invocándose como fundamento los intereses superiores presentes en la organización familiar, la defensa de su estabilidad y la jerarquización de la estructura familiar como contrarios a los principios de la responsabilidad civil⁴ y que por tales motivos se encuentran específicamente tratados por una *lex specialis* que las regula.

Luego se efectuó una interpretación más amplia del art. 19 de la Constitución Nacional, estableciéndose la aplicación en materia de daños del principio general de no dañar a otro –*alterum non laedere*–, es decir, que el derecho de daños se ha constitucionalizado y por ello, quebrado esa barrera que lo alejaba del derecho de familia, ya que la “reparación plena” que le corresponde al individuo afectado adquirió rango constitucional que debe ser celosamente tutelado.

Así, pese a la especialidad que ostenta el derecho de familia y a la falta –como se señaló– de normativa de fondo que dé lugar a esta solución, la jurisprudencia mayoritaria ha admitido los reclamos, condenando a pagar los daños originados por la falta de reconocimiento de un hijo extramatrimonial, valiéndose para ello de los principios generales de la responsabilidad civil, encontrándose el primer precedente en el año 1988.⁵

A partir del mencionado fallo, tanto la jurisprudencia como la doctrina han reconocido legitimación activa al hijo para reclamar la indemnización por el daño moral acaecido ante la omisión voluntaria del reconocimiento paterno, para así decidirlo se señalaba que, el hijo no reconocido es damnificado directo por la falta de emplazamiento, pues es quien padece de un daño inmediato en el carácter de víctima del ataque o agresión⁶.

² PIZARRO, Ramón Daniel, “Daño Moral. Prevención, Reparación. Punición”, 2da edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p.43.-

³ Art. 225 del Código Civil establecía: El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia.

⁴ FAMÁ María Victoria, “Los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento voluntario del hijo”, tomo II, Jurisprudencia Argentina, Fascículo 7, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pág 8. Cita a: Martín García de Leonardo, María Teresa, “Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales” Revista de derecho patrimonial, Ed. Thomson-Arandizi, Madrid, 2006, ps. 150 y 151.

⁵ Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial núm. 9 de San Isidro, "E. N. c/G. F. C.", 29 de marzo de 1988, ED 128-333, confirmado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil Y y Comercial de dicha localidad en autos “.

⁶ FAMÁ, María Victoria, “Los daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento voluntario del hijo”, Jurisprudencia Argentina, Fascículo 7, año 2010-II.

De este modo, a los fines de adentrarnos al tratamiento específico de la temática abordada, corresponde efectuar una descripción de los preceptos generales de la responsabilidad civil, haciendo especial hincapié en la conducta antijurídica que da lugar a la reparación, correspondiendo señalar que la responsabilidad que se analiza es de fuente extracontractual, ya que la causa que la origina es la violación de un deber legal, siendo su factor de atribución subjetivo, dado que se exige culpa o dolo en la negativa del reconocimiento.

2. Aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil.

Ya hemos dicho, que a falta de normativa específica del ordenamiento de fondo que nos regía hasta la entrada en vigencia de la ley 26994, la jurisprudencia aplicaba, a los fines de viabilizar el reclamo por la falta de reconocimiento del hijo, los principios generales de la responsabilidad civil, ello pese a la especificidad que ostenta el derecho de familia.

A los fines de analizar cuál es la conducta antijurídica reprochable, debemos señalar que el art. 570 del C.C.C. dispone: “la filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento...o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal”, normativa que con similar redacción ya existía en el art. 247 del Código Civil.⁷

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que si bien el reconocimiento de un hijo constituye un acto voluntario por parte de quien lo realiza, ello no significa que se trate de un acto librado a la autonomía privada —o autonomía de la voluntad— que interesa sólo el libre arbitrio del reconociente, en el sentido de que la ley lo faculta a realizar o no. Que dependa de la iniciativa privada no implica que el ordenamiento niegue el derecho del hijo a ser reconocido por su progenitor. Y si el hijo tiene el derecho a obtener su emplazamiento respecto del padre o madre que no lo ha reconocido espontáneamente, es obvio que éste asume el deber de reconocer al hijo, ya que es un deber jurídico.⁸

Por otra parte, debemos recordar que el derecho a la identidad y a tener una filiación, tienen rango constitucional y supranacional, reconocido por diversos instrumentos internacionales.⁹

⁷ “La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal”.

⁸ RUGNA, Agustín, “Responsabilidad civil por daños derivados del no reconocimiento del hijo”, LLGran Cuyo2014 (noviembre), 1078, y doctrina y jurisprudencia allí citada; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, “S., M. G. y otro c. D., H. H.”, 31 de marzo de 2009.

⁹ Art. 14 bis de la Constitución Nacional que propende a la protección integral de la familia; Derecho a la identidad personal y el derecho a indagar, conocer y emplazar la propia filiación, incluido como derecho implícito en el art. 33 de la Constitución Nacional; jerarquización constitucional de los Tratados que reconocen el derecho a la identidad -art. 75 inc. 22-, correspondiendo destacar la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su art. 7° dispone: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”. El art. 8° establece: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”; la Convención Americana sobre

En virtud de lo dicho en el párrafo precedente, vale destacar que cuando el progenitor ha incumplido su deber legal de reconocer al hijo, vulnerando de tal modo el derecho a conocer la identidad de origen, surge la conducta antijurídica, y si se reúnen también los otros presupuestos de la responsabilidad civil, da lugar a la responsabilidad civil del progenitor, con la consiguiente obligación de reparar los daños causados.

Consecuentemente, por aplicación de los principios generales, además de la antijuridicidad del acto, se requiere el factor de atribución subjetivo de la responsabilidad en la conducta del autor, es decir, éste tuvo que haber actuado con dolo o con culpa, ya que no se trata de una responsabilidad de carácter objetivo.¹⁰

Corresponde aclarar que no habría culpa por parte del progenitor si no efectuó el reconocimiento por ignorar la existencia del hijo, o si hubo imposibilidad de reconocimiento, es decir, cuando el hijo no puede ser reconocido por el padre biológico por gozar de la presunción de paternidad del marido de la madre¹¹, aunque esta limitación ya ha sido superada por el flamante C.C.C. en sus art. 590 y 593, en los cuales adopta una postura amplia respecto a la legitimación del padre biológico para iniciar las acciones de impugnación de la filiación.

Consideramos que la duda en torno a la paternidad, no constituye sin más un eximente de responsabilidad, ya que resulta necesario verificar la conducta del demandado en el proceso de filiación, y ello así por la efectividad que posee la prueba en este tipo de procesos, por lo que el demandado debería someterse a los estudios médicos pertinentes a los fines de dilucidar toda cuestión inherente a su paternidad.

Finalmente, se requiere la existencia del daño, que en el presente lo hemos circunscripto al daño no patrimonial, y que el mismo, se encuentre en relación de causalidad adecuada con el hecho generador de la responsabilidad, es decir, que el hijo –o la madre según postularemos- experimente un daño moral a raíz de la falta de reconocimiento espontáneo.

Derechos Humanos, que consagra "la protección necesaria a los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos", y determina que la ley debe reconocer "iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo", así como la protección del niño por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, disponiendo que "toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad" (arts. 17, inc. 4 y 5, 19 y 32, inc. 1). A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos regla en su art. 17 que los Estados Parte adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos y que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. Además, en el art. 18 contempla que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario. Estos derechos previstos en los citados arts. 17 y 18 entran dentro de aquellos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte (art. 27); Bidart Campos, "Paternidad extrapatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional", en *El Derecho*, t. 128, p. 330.

¹⁰ ZANNONI Eduardo, "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo", en L. L. 1990-A-1.

¹¹ MEDINA, Graciela, "Daño extrapatrimonial en el derecho de familia y el proyecto de código civil y comercial unificado de 1998", en *Revista Rubinzal Culzoni* año 1999, n°6, Pág. 71; Famá, María Victoria, *La filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal*, 2° ed., AbeledoPerrot, Bs. As., 2011, pág.771; Trigo Represas-Stiglitz, "Derecho de Daños", Ediciones La Rocca, 1989, cap. XXVIII.

3. Legitimación de la madre para efectuar el reclamo. Análisis de la doctrina y de la jurisprudencia anterior a la reforma del Código Civil

Ahora sí, adentrándonos al tema objeto de la presente ponencia, previo a expresar y fundamentar nuestra postura al respecto, señalaremos el camino recorrido por la jurisprudencia, como así también cuáles han sido los criterios esbozados por la doctrina más destacada.

En una postura mayoritaria coinciden, tanto la doctrina como la jurisprudencia, en negarle legitimación a la madre para reclamar -por derecho propio- el daño moral acaecido como consecuencia de la falta de reconocimiento espontáneo del hijo, únicamente admiten el reclamo para ciertos aspectos del daño material, por ejemplo, los gastos generados por el embarazo y parto.

Para así concluir, señalan que si bien nuestro ordenamiento de fondo admite la reparación del daño al damnificado indirecto, es decir, a aquel que padeció el perjuicio por reflejo del daño producido al damnificado directo, ello no resulta aplicable al daño de índole no patrimonial, en virtud de la expresa disposición contenida en el art. 1078 del C.C, donde sólo tienen legitimación los damnificados indirectos cuando del hecho se causa la muerte de la víctima.¹²

Corresponde señalar, que si bien el C.C.C. amplió la legitimación para el reclamo de las consecuencias no patrimoniales, tal amplitud -como luego se señalará- no alcanza a la legitimación de la madre para reclamar como damnificada indirecta por las consecuencias no patrimoniales acaecidas ante la falta de reconocimiento de su hijo, dado que sólo otorga legitimación a los damnificados indirectos en el caso de muerte o gran incapacidad de la víctima. Al respecto, el art. 1741 del mentado código reza: "*Indemnización de las consecuencias no patrimoniales.* Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

También se señala que admitir la legitimación de la madre, implicaría la procedencia del daño moral en infinidad de situaciones en las que uno de los progenitores padece sufrimientos por el incumplimiento de las obligaciones por parte del otro.¹³

Finalmente, hay quienes afirman que la madre carece de un interés jurídico susceptible de reparación, ya que no existe el deber de garantizar a la madre un padre para su

¹² FAMA, María Victoria, "La filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal", Ed. Abeledo Perrot, pág. 807; MENDEZ COSTA, Josefa, "Visión jurisprudencial de la filiación", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 172; MEDINA Graciela, "Responsabilidad por la falta de reconocimiento de hijo", Rubinzal Culzoni, pág. 167; DUTTO Ricardo, "Daños ocasionados en las relaciones de familia", Ed. Hammurabi, p. 167; PIZARRO Ramón Daniel, Daño Moral. Ed. Hammurabi, p. 103; SAMBRIZZI, Eduardo A., "Daños en el Derecho de Familia", ed. La Ley, Bs. As., 2001, p. 192; ARIANNA, Carlos A. y LEVY, Lea M, "Daño moral y patrimonial", p. 449; GROSMAN, Cecilia, "De la filiación", p. 393; CNCiv., Sala L, 14-4-94, L.L. 1995-C-407; C. Civ. y Com. Mercedes, Sala 1º, 11/5/2000, LLBA 2000-1083; C. Nac. Civ. Sala F, 17/7/2006, RDF n° 36 (2007)

¹³ DUTTO Ricardo, "Daños ocasionados en las relaciones de familia", Ed. Hammurabi, p. 167

descendencia.¹⁴

En una tendencia opuesta encontramos a la minoría, sosteniendo la existencia de un daño moral directo hacia la madre, distinto al del hijo e igualmente indemnizable, es decir, que tanto la madre como el hijo pueden considerarse perjudicados directos de distintos agravios en forma independiente y, consecuentemente, ser acreedores al resarcimiento del daño moral, daño que en el caso de la madre se verifica al haber asumido sola todas y cada una de las etapas del embarazo, parto y crianza.¹⁵

En un precedente jurisprudencial se otorgó la indemnización por daño moral a la madre, señalándose: “...*que el reclamo por daño moral de la Sra. S. iure proprio se fundan en factores que demuestran el perjuicio sufrido de manera inmediata, principal, directa y exclusiva por ésta. El ilícito respecto de la Sra. S. no consiste en el desconocimiento filiatorio del padre de la menor A. P. sino en los hechos concomitantes con el embarazo, posteriores y conexos al mismo, los que proyectan su agravio directamente a la madre. Ello es así pues el agravio está dado por el hecho comprobado que tuvo que llevar adelante el embarazo sola y los primeros meses de atención de la menor A. P. sola, sin la compañía de aquél con quién, según los propios dichos del demandado, tuvo una relación sentimental de pareja. Además de encontrarse probado también el estado de tristeza en que quedó sumida la Sra. S. tras la ruptura de su relación con el Sr. E...*”¹⁶

Para concluir el punto, corresponde tener en cuenta, tal como lo indica Pizarro,¹⁷ que el derecho comparado reconoce la legitimación de la madre para efectuar el reclamo por las consecuencias no patrimoniales acaecidas ante la falta de emplazamiento filiar, vgr. Cód. Francés (art. 340 – 5, texto reformado por ley 72-3 de 1972), Cód. Civil suizo (art. 317, 318); Cód. Peruano (art. 414); Cód. Boliviano (arts. 210, 211).

4. Análisis del art. 587 del Código Civil y Comercial

El nuevo Código establece en el art. 587: “**Reparación del daño causado.** *El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código.*” Aplaudimos la incorporación de este precepto, ya que expresamente se reconoce la reparación civil del daño causado al hijo por la falta de reconocimiento, receptando de este modo los lineamientos defendidos por la doctrina mayoritaria y múltiples fallos jurisprudenciales.¹⁸

Se advierte que el mentado artículo no discrimina entre daño moral o patrimonial, supeditando su configuración a la reunión de los requisitos de la responsabilidad civil.

La flamante norma ya ha sido objeto de críticas, habiéndose sostenido que no resulta conveniente que se haya limitado a ese caso –posibilidad de reclamar la reparación del

¹⁴ Juzg. Civ. Com. y Min. Gral. Roca, n. 5, 3/3/1993, RDF n°9 (1995)

¹⁵ GREGORINI CLUSELLAS, “El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento”, LL, 1995-C-407.

¹⁶ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes (ST Corrientes), 24/10/2013, S.,J. S c. J. C. E. s/ filiación, publicado en La Lay Online, AR/JUR/73500/2013

¹⁷ PIZARRO Ramón Daniel, “Daño Moral”. Ed. Hammurabi, p. 103

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado” 1° Edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2015, pág. 640/642.-

daño ante la falta de reconocimiento- la posibilidad de reclamar el perjuicio, dado que existen otros supuestos en materia de filiación que también pueden generar daños que merecen ser resarcidos.¹⁹

En tal sentido, se ha señalado que la postura legislativa que adopta el Código ha sido la de regular en forma expresa el supuesto de daños que tuvo mayor frecuencia -y de manera casi exclusiva- en la filiación por naturaleza como lo es la falta de reconocimiento y, para el resto de los supuestos -algunos que aún ni se plantearon en la jurisprudencia y otros en escasas ocasiones-, se aplican como hasta ahora los principios generales de la responsabilidad civil.²⁰

Así, corresponde preguntarnos, a esta altura, si la mentada reforma significa que únicamente tienen legitimación para reclamar los daños en tratamiento el hijo no reconocido, o si pese a ello la madre también se encuentra legitimada para incoar dicha acción por derecho propio, interrogante que seguidamente pasaremos a contestar.

5.-Conclusiones

Consideramos que debe distinguirse cuidadosamente entre el daño que experimenta la madre por reflejo del sufrimiento de su hijo ante la falta de emplazamiento, entre ellos el no poder llevar el apellido paterno, el que se produce por la sola negativa del progenitor a efectuar el reconocimiento, etc.; del daño directo que recae sobre la madre frente al descripto obrar antijurídico. Es innegable que, en ciertas circunstancias, la madre padece un daño propio, directo y distinto de aquel que sufre el hijo, consistente en tener que afrontar el embarazo, el parto y los primeros días de crianza sola, con la vulnerabilidad que tales estados generan, sumado a las distintas prácticas médicas rutinarias, y aquellas otras que podrá experimentar ante complicaciones propias y frecuentes de dicho tránsito. Todo ello, frente a un padre que no asumió ninguna responsabilidad ni contribuyó en modo alguno.

Así consideremos que si bien la madre carece de legitimación para reclamar los daños no patrimoniales como damnificada indirecta, en atención a la expresa normativa contenida en el art. 1741 del C.C.C. (art. 1078 del C.C.), sí cuenta con la facultad para asumir el carácter de actora, por el daño propio y directo experimentado por el no reconocimiento paterno.

Sin perjuicio de lo dicho precedentemente, pensamos que las consecuencias extrapatrimoniales del daño no se configuran *in re ipsa*, sino que la progenitora deberá acreditar el daño efectivamente sufrido, no pudiendo extenderse -según consideremos y depende de las circunstancias del caso- mucho más allá del nacimiento del hijo, toda vez que la madre cuanta con las herramientas legales para actuar en nombre de éste o subrogarse en sus derechos a los fines de lograr el ansiado emplazamiento, lo contrario significaría de algún modo invocar su propia torpeza.

Por otro lado, entendemos que no configuraría un obstáculo para el reclamo la expresa prescripción contenida en el art. 587 del C.C.C., ya que pretender que sólo existe deber de reparar cuando haya una norma expresa que así lo disponga, es inadecuado en nuestro sistema legal.

¹⁹ AZPIRI, La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial, p. 122.

²⁰ HERRERA, Marisa-LAMM Eleonora, comentario art. 587 en Tratado de derecho de familia según el código civil y comercial de 2014, dirigido por KEMELMAGER de CARLUCCI Aida.

Con atinado criterio señalaba Bidart Campos, al comentar un caso de indemnización por daño extrapatrimonial en caso de adulterio, que "los marcos iusprivatistas de la responsabilidad -tanto contractual como extracontractual- son importantes, pero subsiste latente, por detrás y por encima un problema de jerarquía constitucional, el principio que inferíamos del artículo 19 de la Constitución Nacional. ¿Alcanza sin más para que sin ninguna otra normativa infraconstitucional se obligue a reparar todo perjuicio causado a un tercero? Creemos que sí".²¹

Agregamos a ello, que la madre experimenta no sólo un daño como persona –como se señaló- sino también como mujer, por lo que corresponde traer a colación la reforma constitucional del año 1994 que incluyó una serie de instrumentos internacionales con "jerarquía superior a las leyes", entre los que se encuentra "la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que en el proceso de "constitucionalización" del derecho privado integra con sus directivas las pautas de interpretación judicial de las situaciones comprendidas."²²

Concluyendo el presente estudio, entendemos que no deben quedar sin indemnizar las consecuencias no patrimoniales acaecidas a la madre ante el mencionado obrar antijurídico -negativa de filiación paterna-, cuando estas se encuentran debidamente acreditadas, es decir, exista un factor de atribución subjetivo y guarden una relación de causalidad adecuada. No tememos al sin fin de demandas cuando la justicia en la reparación está presente, recordando para finalizar la célebre frase de Montesquier: *"Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa"*.

²¹ BIDART CAMPOS, Germán, "Indemnización por daño extrapatrimonial en caso de adulterio", en E. D. 146-99, citado por MEDINA, Graciela "Daño extrapatrimonial en el derecho de familia y el proyecto de código civil unificado de 1998, Revista de Rubinzal Culzoni año 1999, n°6, pág. 71.

²²GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L, "La legitimación de padres y hermanos por daño moral en importante precedente. Daño moral de la hija y madre ante la negativa de filiación del padre" ya citado.